

CAI
TB 21
C 57



Contracting for Services

A Manager's Guide



Treasury Board
of Canada

Conseil du Trésor
du Canada

Canada

Contracting for Services

A Manager's Guide

Administrative Policy Branch
Treasury Board of Canada

Ottawa
September 1981



© Minister of Supply and Services Canada 1981
Cat. No. BT32-18/1981
ISBN 0-662-51567-6

Reprinted July 1983

TABLE OF CONTENTS

Page


FOREWORD

CONTRACTING FOR SERVICES — A Manager's Guide

Introduction	3
Service Contract Policy	4
Personal Service Contracts.	6
Employment of Former Retired Officials	8
Temporary Help Services.	8
Fee for Service Policy	9
Reliance on Outside Consultants.	9
Common Service Agencies.	10
Contract Administration	10
Departmental Procedures	11
Conclusion	12

Appendix A — Criteria for Determining Employer-Employee Relationships

Background	13
Criteria	14
Examples of Employer-employee Relationships	15



Digitized by the Internet Archive
in 2024 with funding from
University of Toronto

<https://archive.org/details/31761118497759>

FOREWORD

Recently, the Treasury Board had occasion to review an evaluation report on the utilization of service contracts in a number of departments. The Ministers were concerned that in the cross section of departmental implementation examined, it was revealed that the application of the government's contracting policy was not satisfactory. The Ministers were particularly concerned about the apparent lack of adherence to the principle of cost effectiveness when issuing service contracts, the extent of sole source contracting, the tendency for retroactive contracts and the danger of employer-employee relationships developing during contractual periods.

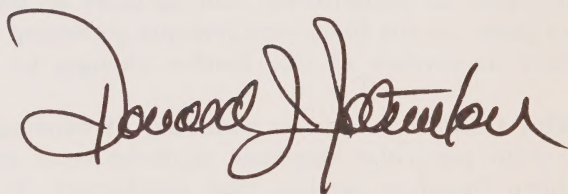
The Treasury Board considered a number of ways to improve contract administration, including: the establishment of sole source contract review boards in those departments that have a propensity to issue contracts for personal services on a non-competitive basis; the utilization of a standard contract form for services; the development of a model of service contracting procedures for departmental users; and a requirement that all departments implement specific internal procedures designed to improve contract administration. While all these approaches are still under review, the Treasury Board directed that all departments and agencies be furnished with this interim guide on the basic requirements governing the use of service contracts in advance of any further changes to existing policies.

This Guide represents a summary of existing service contract policy with particular emphasis on those areas or practices which have been found to be less than satisfactory. It is expected that deputy heads and senior managers will avail themselves of the opportunity to read the guide and review the applicable policy provisions. As well, copies should be made available for all departmental contract administrators including financial and personnel officers.

With a commitment by informed managers and a more rigorous departmental internal audit application, it is expected that departmental administration of service contracts will improve. On its part, Treasury Board Secretariat will continue to develop suitable refinements in the basic policy as well as the associated procedures. In

addition, the evaluation of departmental contract practices will continue so that the Treasury Board will be aware of situation changes. If, as a result of future reviews of departmental contracting practices, it is found that there is no improvement in the application and administration of the policy, more restrictive provisions will have to be considered. It should be clearly understood that the Ministers of the Treasury Board will hold departmental managers accountable for breaches of policy guidelines.

As mentioned above, this management guide on service contracts does not represent new policy. It is simply a timely recapitulation of existing policies. Additional information on the interpretation of the provisions of the guide may be obtained from the Contracts Policy Group, Policy Development and Revision Division, Administrative Policy Branch, Treasury Board Secretariat.

A handwritten signature in dark ink, reading "Donald J. Johnston". The signature is fluid and cursive, with a large initial "D" and "J".

15 September 1981

The Honourable Donald J. Johnston
President of the Treasury Board of
Canada

CONTRACTING FOR SERVICES

A Manager's Guide

Introduction

The Government of Canada utilizes contractual arrangements, usually agreements between the government and a firm, institution, other government body or an individual to supply goods, construct or repair facilities, or to produce or perform some service. Because the national responsibilities of the federal government are so broad and diverse, the number and variety of contracts are comparably complex.

Section 34 of the Financial Administration Act gives regulation — making power to the Governor in Council “with respect to the conditions under which contracts may be entered into...”. The Government Contracts Regulations (GCRs) are a derivative of that authority; the Treasury Board, by virtue of Section 5(1) of the Financial Administration Act, has developed the directives and guidelines to regulate contract administration and to provide guidance to the public service manager.

The general policy applicable to all contracts is found in Chapter 310 of the Treasury Board Administrative Policy Manual. Chapters 312, 314, 315 and 317 of the Manual provide more specialized direction and guidance, and Appendix F of Chapter 310 contains the official text of the Government Contracts Regulations.

While the Government Contracts Regulations and the associated directives and guidelines issued by the Treasury Board encompass all contractual arrangements, this guide limits its focus to the requirements for service contracts.

Service Contract Policy

Service contracts may be used to meet program requirements when it is demonstrably more cost effective to have the work done by the private sector.* This is the basic premise underlying the contracting policy enunciated in Chapters 310 and 312 of the Treasury Board Administrative Policy Manual (APM). Cost effectiveness is not merely obtaining services at the lowest cost; rather, it is choosing that alternative which yields the greatest value for the least cost. This means that consideration must be given to all the relevant costs as well as the benefits of each alternative. These costs are frequently difficult to calculate with respect to service contracts, particularly those where the requirements are not well defined.

Cost effectiveness will be more readily assured when:

- a project's requirements are carefully defined;
- all reasonable sources of supply in both the public and private sectors are identified;
- all cost and benefit aspects of the various alternatives are considered; and
- contractual negotiations are pursued in a professional and business-like manner to obtain the most favourable arrangement possible.

While cost effectiveness is the indispensable element of the government's contracting policy, all contracts must be predicated on:

- a clear justification for the work, and
- conformity with the law.

* An exception to this rule is the government's contracting-out policy for science and technology requirements (Chapter 314 of the Treasury Board Administrative Policy Manual).

A number of other factors, however, must be given due consideration before reaching a contractual commitment. These include:

- attaining the best value possible for the money spent in meeting program requirements,
- the degree of competition in the selection of contractors (competition versus sole source — a question of equity),
- the risk of establishing employer-employee relationships (a legal question),
- the engagement of former government employees (conflict of interest and fairness),
- the utilization of persons from temporary help firms and the prescribed limits inherent in that alternative,
- the establishment of fees for services including the ceiling of departmental authority,
- the use of consultants and other professionals,
- the acquisition process which includes the requirements and procedures in calling for bids and tenders as well as the selection of contractors,
- the limitations of departmental financial authority (including questions of contract splitting),
- the contract administration practices, and
- the intra- and interdepartmental reporting requirement.

The government's intent "to secure the best value for the money" means that consideration must be given to all the relevant costs, "not solely the initial or basic contractual cost" (Chapter 310, APM). This principle applies to contracts for the acquisition of services as well as goods, leases, construction and repair. For some services, however, application of the principle frequently demands much more judgement since such requirements are more difficult to define; as well, suppliers often offer unique products.

The current policy states that “requirements shall be defined in terms that allow judicious use of the competitive process wherever feasible” (Chapter 310.6, APM). Open competition assures fairness, yet it is often a neglected aspect of service contracting. Section 8 of the Government Contracts Regulations stipulates that *tenders shall be called before entering into any contract*. While a number of reasonable and sensible exceptions are permitted, evidence from evaluation studies suggests that the exceptions have often become the norm.

Personal Service Contracts

Serious abuses have arisen in some departments and agencies where individuals have been retained under service contracts to carry out functions which were clearly part of the Public Service’s responsibilities.

Contracts for personal services must be tolerated in order to accomplish certain program objectives. However, these types of contracts must be carefully controlled so that employer-employee relationships do not develop and contracted individuals do not appear as an alternative to public service staffing as regulated by law.

Essentially, an employer-employee relationship exists when the employer can specify when, where, how and under what conditions the work will be performed. Rather than envisaging the accomplishment of a specified amount of work, such a relationship normally contemplates the contractor putting his personal services at the disposal of the manager during some period of time. On the other hand, an acceptable relationship exists when an individual is retained to achieve a prescribed objective or task with no day to day supervision exercised by the contracting authority. In other words, the contractor is afforded the latitude required to achieve the objective of a specified amount of work.

Any relationship with a contractor should allow for the traditional risk of loss and opportunity for profit which are common in the marketplace. Normally, the contractor will provide his own tools and supplies, and all work will be carried out on the contractor's own premises. Of necessity, there are legitimate exceptions where, for example, work is being carried out on federally-owned equipment housed in a government building.

The length of tenure in any one job has been one of the key factors used in determining whether an employer-employee relationship exists. For this reason, *contracts for personal services must not exceed a period of eight weeks*, unless approval of the deputy head is obtained prior to entering into the contract. The purpose of involving the deputy head in these situations is to demonstrate that any decision to engage an individual under contract for personal services has received the most serious and thorough consideration. The same conditions apply to temporary help personal service contracts. In approving any contracts for personal services in excess of eight weeks, including any extensions of existing contracts, the deputy head must appreciate that the danger of establishing an unlawful employer-employee relationship increases with the extended duration of engagements; the deputy head must be prepared to defend his decision for longer term contracts or extensions.

Situations which may be judged to have an employer-employee relationship are contrary to the staffing policies (as well as the law) of the government. Treasury Board Circular letters 1980-34 of August 1, 1980 and 1981-3 of January 27, 1981 refer in detail to the conditions which the Ministers expect to see corrected.

The criteria which have been used by the courts to determine the presence of an employer-employee relationship, as well as some illustrative examples, are discussed in Appendix A to this Guide. This appendix also forms part of Treasury Board Circular Letter 1981-3, dated January 27, 1981.

Employment of Retired Former Officials

Contracts for the services of former public servants and other officials must bear the closest public scrutiny and reflect fairness in the spending of public funds. No contract for the services of such officials shall be entered into unless the individual minister is satisfied that it would be in the public interest to do so. Chapter 312.5.1, APM, contains further details.

Individuals who are in receipt of government pensions have retired from government service. It is not unreasonable to assume that these individuals should not continue to work for the Crown under a contractual arrangement unless the requirement is unique and demanding. Section 5.4 of Chapter 312, APM contains very detailed instructions which managers should observe if the employment of any former official is contemplated.

Temporary Help Services

The temporary help policy of the government is described in Chapter 317 of the Administrative Policy Manual. Temporary help services may be used in situations where it is not immediately feasible to assign public servants. The policy applies to all categories of contracted services that may be provided by temporary help firms. Individuals from temporary help agencies normally work under the direction of public servants and carry out tasks that are integral functions of the government organization. Temporary help is, therefore, an exception to the usual service contracting policy.

Temporary help engagements will normally be limited to a period of eight weeks. In the rare cases where an engagement must exceed that limitation, as indicated above, the prior approval of the deputy head must be obtained.

As a result of a Treasury Board Decision, the Department of Supply and Services is the sole contracting authority for the acquisition of temporary help services through standing offer agreements.

Fee for Service Policy

The policy on the utilization of fees for services is enunciated in Chapters 312 and 315 of the Administrative Policy Manual. Those directives state that:

- “per diem and other time rate fees shall be held to levels consistent with the best contracting and appointing practices and with the government’s restraint policy” (Chapter 312.4.3.1 APM).
- “Fees that are not established by price competition must be negotiated on the basis of prevailing rates for the type of work required”; and
- “Prevailing rate may be considered synonymous with market or going rate” (Chapter 315.4.1.1 APM).

Reliance on Outside Consultants

The policy on the use of outside consultants or other professionals encourages the use of such individuals to perform specialized services where:

- “the advice or services sought, and the resultant expenditure can be justified as necessary to satisfy program requirements;
- “the services can be defined adequately to form the basis of a contract;
- “the services are available at reasonable cost; and
- “their use is consistent with specific government policies such as the contracting-out policy for science and technology” (Chapter 315.1.1 APM).

Chapter 315 of the Administrative Policy Manual should be consulted with respect to some specific exclusions to the foregoing policy.

Common Service Agencies

In those areas where the interests of overall economy and efficiency can best be met by the centralized acquisition of services, “it is the policy of the government to direct procurement through a common service agency” (Chapter 310.2, APM). For example, through legislation, Supply and Services Canada, is responsible for the provision of all goods and related services although certain procurement authorities are delegated back to departments and agencies by DSS. Also, the Department of Public Works carries out a common service function with respect to many types of accommodation and construction.

It follows that close co-operation is imperative between the common service agency and the department or agency requiring a service. The guidelines for this relationship are found in detail in Chapter 310 of the Treasury Board Administrative Policy Manual.

Contract Administration

Once a decision has been made to contract for services, the regulations, directives and guidelines specify certain requirements or procedures which must then be followed. For example, there are dollar as well as other constraints on the level at which contracts may be entered into without Treasury Board approval. All these requirements are contained in the Government Contracts Regulations. *Contract administrators are obliged to follow these directives* even when the latter cause some marginal difficulty for a program manager who may not appreciate the need for certain of the prescribed regulations.

On occasion, departments have experienced difficulties in the application of Section 8 of the GCR’s which requires that tenders be called before any contract is entered into except where:

- (a) the need is one of pressing emergency in which delay would be injurious to the public interest;

- (b) the estimated expenditure involved does not exceed \$30,000;*
- (c) the nature of the work is such that it would not be in the public interest to invite tenders; or
- (d) only one person is capable of performing the contract.

Should the circumstances of a contractual requirement justify utilizing any of the foregoing exceptions to avoid tenders, an appropriate “audit trail” should be established from the outset to ensure that the principles of probity and prudence have attended each step of the relevant negotiations.

Departmental Procedures

Because each department and agency exemplifies some functional uniqueness, there are by necessity a number of procedures and policy applications which will be peculiar to the respective department. Notwithstanding such organizational and other differences, the following “checklist” provides a summary of the basic contractual prerequisites which should be common to all departmental and agency procedures:

1. The work to be contracted-out or the service sought is essential to meet specifically identifiable program requirements.
2. The work to be contracted-out is in line with one of the contracting-out policies of government.
3. The contract is the demonstrably most cost effective (selection of the least costly, best value alternative) means of fulfilling the work requirement, and the contractor chosen offers the best value.
4. The work can be sufficiently defined as to form the basis for a contract wherein the contractor’s requirements are clearly identified in terms of service to be provided and the time frame to be met.

* (\$100,000 for contracts for architectural and engineering services required for the design, construction, or repair of a work.)

5. The contract is not for work that should normally be performed by public servants, nor is it a device for circumventing either staffing procedures or person-year constraints.
6. Departmental personnel managers have certified that it is not possible to obtain the services of suitable individuals through the normal staffing procedures if the work is of a nature that should be done by public servants.
7. Departmental legal advisers have advised that, in their opinion, there is no possibility of an employer-employee relationship arising during the course of the contract. If their opinion is to the contrary, it will be necessary to redefine the requirements and to adopt another course of action.
8. The proposed contract will be free of “payrolling” and “contract splitting” (as defined in Treasury Board Circular Letter 1980-34). The contract will reflect observance of the other criteria associated with contracting for services (e.g. fee guidelines, services of former government officials, etc.).
9. Tenders have been called in accordance with Section 8 of the Regulations unless there is justification for an exception.

In addition, each department's internal procedures must provide for the *involvement of appropriate financial officers* so that expenditure commitments are recorded, availability of funds is certified, payment is approved only following appropriate certification, and the proper financial allotments are duly charged.

Conclusion

This Manager's Guide was prepared because the Treasury Board is concerned with the potential misuse of service contracts. Officials of the Administrative Policy Branch, Treasury Board Secretariat, will provide any clarification or interpretation of the government's contracting policy in general or this Guide in particular.

Appendix A

Criteria for Determining Employer-Employee Relationships

Background

Government policy on contracting for the services of individuals where the resulting situation may develop into an employer-employee relationship is very clear – the contract shall not be made. Departments, by virtue of the law (the Public Service Employment Act), do not have the authority to enter into contracts creating this relationship.

Chapter 312, Article 3, of the Treasury Board Administrative Policy Manual provides guidance as to what constitutes an employer-employee relationship. Further explanations are also contained in Treasury Board Circular Letters, 1980-34, August 1, 1980, and 1981-3, January 27, 1981. One key point in the policy is that “before entering into a contract for the services of an individual, departments and agencies should seek the advice of their legal advisor to ensure there is no employer-employee relationship in the contract” (Article 312.3.3). It is permissible to enter into a “personal service contract” where there is an evident arms-length relationship that does not run the risk of establishing an employer-employee situation. Departmental legal advisors should be able to provide guidance on individual cases. In any submission to the Treasury Board, a distinct legal opinion is required as to the risk of an employer-employee relationship developing through the performance of the contract.

About a year ago, the following opinion was provided by the Department of Justice:

“There is no statutory definition of ‘employment’ in the Public Service... in the absence of any such definition, reliance must be

placed on the common law tests used by the courts to determine the existence of the employer-employee relationships as distinct from the relationship between a contracting authority and an independent contractor. It is virtually impossible to lay down any rules of general application that will apply uniformly and without exception; each and every relationship must be individually assessed and an attempt made to estimate the way the court is likely to apply the various tests.”

Criteria

The determination of an explicit employer-employee relationship depends on a full review of the work situation. The following criteria may be helpful in assessing individual cases. They should be viewed as a guide for determining that an employer-employee relationship exists:

- (a) the department, or the contracting authority of a common service agency, exercises supervisory control (as distinct from inspection of work) over the contractor, not only in achieving the objective but also with respect to how the work is carried out;
- (b) the department or contracting authority is responsible for providing the tools or facilities required to perform the work;
- (c) the contractor has no opportunity to profit and is not exposed to any risk of loss as a result of his performance of the work; profit or loss could be involved if a specified result were to be achieved in return for a fixed fee to be paid only on successful completion of the work or if the contractor retained rights related to the objective;
- (d) the contractor has no opportunity (under his authority) to subcontract or hire other persons to achieve the objective;

- (e) a review of the organization shows that the person under contract is employed as part and parcel of the organization, and that the work is being done as an integral part of the work of the organization.

Examples of Employer-Employee Relationships

The following are examples which would likely be judged as being employer-employee relationships:

- (a) A \$24,500 contract was let from July 1978 to July 1980 for the secretary to the manager of a regional office. The position was let by contract since the agency was not provided sufficient person-years. The individual worked on site under direct supervision, used government facilities, was paid on a time rate basis and carried out an integral function of the organization.
- (b) A six month contract was let for \$7,500 during the summer of 1980 for an individual "to participate in field research and data analysis." The individual was under direct public service supervision on site, used government facilities, was paid on a time rate basis and carried out an integral function of the Division.
- (c) A contract was let for \$45,000 from February 1 to December 31, 1980 "to provide professional services by acting as Senior Technologist." The individual has been employed on contract for the past four years in this function, and is provided with government work space and the use of government facilities. The contractor works under general supervision and is paid on a per diem basis. This is an ongoing and integral function of the organization.
- (d) A \$7,000 contract was signed on May 14, 1980 for the period between April 1, 1980 and March 31, 1981 to work 5 days a week, 7 1/2 hours per day, for \$3.50 per hour. The

scope of work attached to the contract includes the following statement: "The contractor will provide a fully trained operator for 7 1/2 hours of machine operation daily. The hours of work will commence at 8 a.m. and terminate at 4:30 p.m. with a 1 hour lunch break. Also included will be a 15 minute rest break in the a.m. and 15 minute rest break in the p.m. The rest breaks and the lunch break shall be taken at periods mutually acceptable to both management and operator."

The following cases would likely be judged as not constituting an employer-employee relationship.

- (a) A \$25,000 contract was let to a company for a period of 11 months to prepare a history. The company provided all professional, clerical, technical services and supplies, labour, material, tools and equipment necessary to conduct the history. Payments were made based on eight different stages of the report. There were pre-defined objectives (statement of work) and milestone payments.
- (b) A contract was let for \$24,750 covering 78 days' work over a period of 9 months to prepare the socio-economic component of a regional study. The individual was not under direct supervision, had pre-defined objectives, used his own facilities and provided progress reports on his project.
- (c) Many of the employees from Temporary Help agencies would appear to be employer-employee relationships. Treasury Board is of the opinion that because these individuals are employed for periods of eight weeks or less, they probably do not qualify as employees.

d) Un marché de \$7,000 a été signé le 14 mai 1980 pour la période allant du 1^{er} avril 1980 au 31 mars 1981, pour travailler 5 heures par semaine, sept heures et demie par jour, au taux horaire de \$3.50. Le champ d'application du travail visé par le marché comprend l'énoncé suivant: «Le contrat-fonctionner une machine pendant sept heures et demie par jour. Le travail commencera à 8h et se terminera à 16h30 avec une pause-repas d'une heure. L'employé aura aussi droit à une pause-café de 15 minutes le matin et de 15 minutes l'après-midi. Les pauses-café et les pauses-repas seront prises à des moments réciproquement acceptables pour la direction et l'employé.»

Les exemples suivants sont des cas que l'on jugerait probablement comme n'étant pas des relations employeur-employé:

a) Un marché de \$25,000 a été accordé à une compagnie pour une période de 11 mois pour préparer un historique. La compagnie a fourni tous les services professionnels, techniques et administratifs ainsi que les fournitures, la main-d'œuvre, le matériel, les outils et l'équipement nécessaires pour ce travail; les paiements étaient fondés sur huit étapes différentes du rapport. On avait fixé les objectifs au préalable (énoncé de travail) et les paiements étaient échelonnés.

b) Un marché de \$24,750 a été accordé pour 78 jours de travail répartis sur une période de 9 mois pour préparer la partie socio-économique d'une étude régionale. La personne n'était pas sous surveillance directe, avait des objectifs prédéterminés, utilisait ses propres installations et fournissait régulièrement des rapports provisoires sur son projet.

c) Il semblait qu'un grand nombre des employés fournis par les sociétés de placement temporaire ont des relations employeur-employé. Le Conseil du Trésor est d'avis que, comme ces personnes sont employées pour des périodes de huit semaines ou moins, elles ne répondent probablement pas à la définition d'un employé.

d) Le contractant n'a aucune possibilité (en vertu de son pouvoir) de sous-traiter le travail ou d'engager d'autres personnes pour atteindre l'objectif;

e) un examen de l'organisation indique que la personne engagée à contrat est un employé qui fait partie intégrante de ladite organisation et que le travail est exécuté dans le cadre du travail normal de ladite organisation.

Exemples de relations employeur-employé

Les cas suivants sont des exemples de ce que l'on jugerait probablement comme des relations employeur-employé:

a) Un marché de \$24,500 a été accordé de juillet 1978 à juillet 1980 pour fournir les services d'un secrétaire au gestionnaire d'un bureau régional. Les services ont été retenus par marché parce que l'organisme n'avait pas obtenu suffisamment d'années-personnes. La personne travaillait sur place sous surveillance directe, utilisait les installations du gouvernement, était rémunérée selon son temps de travail et exécutait une fonction constituante de l'organisation.

b) Un marché de six mois de \$7,500 a été accordé au cours de l'été 1980 pour qu'une personne «participe aux recherches sur le terrain et à l'analyse des données». Cette personne était sous la surveillance directe de fonctionnaires sur le terrain, utilisait les installations du gouvernement, était rémunérée selon son temps de travail et exécutait une fonction constituante de l'organisation.

c) Un marché de \$45,000 a été accordé du 1^{er} février au 31 décembre 1980 «pour fournir des services professionnels à titre de technologue supérieur». Cette personne a été engagée à contrat les quatre dernières années dans cette fonction et utilise les locaux et les installations du gouvernement. Elle travaille sous surveillance générale et est rémunérée à la journée. Il s'agit d'une fonction permanente et constituante de l'organisation.

- Il faut procéder à un examen complet de la situation de travail pour déterminer s'il existe une relation évidente employeur-employé. Il faut considérer les critères suivants, qui ont été utilisés par les tribunaux pour évaluer des cas particuliers, comme des principes directeurs pour déterminer s'il existe une relation employeur-employé :
- a) le ministère ou l'autorité contractante d'un organisme de services communs exerce un contrôle de surveillance sur le contractant (par opposition à l'inspection du travail), non seulement pour réaliser l'objectif, mais aussi en ce qui concerne la façon dont le travail est exécuté;
 - b) l'autorité contractante est chargée de fournir les outils ou les installations nécessaires pour exécuter le travail;
 - c) le contractant ne peut faire de profit et ne risque aucune perte du fait de l'exécution de son travail; il pourrait réaliser un profit ou subir une perte s'il lui fallait atteindre un résultat déterminé contre le paiement d'honoraires fixes seulement en cas de réussite des travaux ou s'il conserve des droits en ce qui concerne l'objectif;

Critères utilisés par les tribunaux

« Il n'existe aucune définition légale de « l'emploi » dans la Fonction publique. Étant donné l'absence d'une telle définition, il faut se fier aux critères de droit commun utilisés par les tribunaux pour déterminer l'existence de relations employeur-employé par opposition aux relations entre une autorité contractante et un contractant indépendant. Il est pratiquement impossible d'établir des règles générales pouvant s'appliquer uniformément et sans exception; il faut évaluer chaque relation en particulier et s'efforcer de déterminer la façon dont le tribunal est susceptible d'appliquer les différents critères. »

Il y a environ un an, le ministère de la Justice a donné l'avis suivant:

Appendice A

Critères permettant de déterminer l'existence de relations employeur-employé

Historique

La politique gouvernementale d'adjudication de marchés de services à des particuliers dans les cas où cela pourrait entraîner la création de relations employeur-employé est très claire: de tels marchés ne doivent pas être accordés. En vertu de la loi (la Loi sur l'emploi dans la Fonction publique), les ministères ne sont pas autorisés à passer des marchés pouvant entraîner la création de telles relations.

Le chapitre 312, article 3, du Manuel de la politique administrative du Conseil du Trésor fournit des directives sur ce qui constitue une relation employeur-employé. Les circulaires 1980-34 du 1^{er} août 1980 et 1981-3 du 27 janvier 1981 du Conseil du Trésor contiennent aussi des explications supplémentaires. Un des points essentiels de la politique, c'est que, «avant de passer un marché de services avec un particulier, les ministères et organismes devraient obtenir l'avis de leur conseiller juridique pour s'assurer que le marché n'entraîne pas la création de relations employeur-employé (article 312.3.3). Il est évidemment possible de passer un marché de services personnels lorsqu'il n'y a pas de liens de dépendance et que l'on ne risque pas d'entraîner la création de relations employeur-employé. Les conseils juridiques des ministères devraient être en mesure de donner des conseils dans les cas particuliers. Toute présentation soumise au Conseil du Trésor doit contenir un avis juridique particulier quant au risque que des relations employeur-employé s'établissent dans le cadre de l'exécution du marché.

personnel lorsque les travaux sont tels qu'ils devraient être effectués par des fonctionnaires;

7. les conseillers juridiques du ministère ont déclaré que, à leur avis, la possibilité de créer une relation employeur-employé pendant la durée du marché n'existe pas; dans le cas contraire, on devra redéfinir les exigences et adopter une autre ligne de conduite;

8. le marché prévu ne comportera pas d'inscription concertée sur les listes de paye ou de fractionnement des marchés (tel que défini dans la lettre circulaire du Conseil du Trésor n° 1980-34); il respectera tous les autres critères reliés à la passation des marchés de services (par exemple, les lignes directrices concernant les honoraires, les services d'anciens fonctionnaires, etc.);

9. il y a eu appel d'offres conformément à l'article 8 du Règlement sur les marchés de l'État à moins de pouvoir justifier une exception.

En outre, les procédures internes de chaque ministère doivent prévoir la *participation des agents financiers intéressés* de manière que les engagements financiers soient consignés, la disponibilité des fonds certifiée, le paiement approuvé sous réserve d'une certification appropriée et les affectations financières pertinentes dûment imputées.

Conclusion

Le présent Guide de gestion a été rédigé parce que le Conseil du Trésor s'inquiète du recours abusif éventuel aux marchés de services. Les agents de la Direction de la politique administrative du Secrétariat du Conseil du Trésor sont disposés à offrir clarification ou interprétation de la politique du gouvernement concernant la passation des marchés en général ou de ce guide en particulier.

Procédures des ministères

Comme chaque ministère ou organisme représente une particularité fonctionnelle quelconque, il s'ensuit que ce ministère ou cet organisme aura nécessairement des procédures et des applications de politique qui lui sont propres. Nonobstant ces différences organisationnelles et autres, la liste de vérification suivante constitue un résumé des conditions contractuelles fondamentales préalables qui devraient faire partie de toutes les procédures d'un ministère ou d'un organisme:

1. les travaux à sous-traiter ou les services recherchés sont indispensables pour satisfaire des exigences de programme précisément identifiables;

2. les travaux qui doivent être sous-traités sont conformes à l'une des politiques du gouvernement concernant la sous-traitance;

3. on peut prouver que le marché constitue le moyen le plus rentable (choix de la solution qui assure le meilleur rendement possible en contrepartie de l'argent dépensé) pour satisfaire le besoin en matière de travaux et que l'entrepreneur choisi offre le meilleur rendement;

4. les travaux peuvent être suffisamment circonscrits de manière à constituer les conditions essentielles d'un marché dans lequel les obligations de l'entrepreneur sont clairement définies en fonction des services à fournir et des délais impartis;

5. le marché ne porte pas sur des travaux qui devraient normalement être accomplis par des fonctionnaires et ne représente pas une ruse pour contourner les procédures de dotation en personnel ou les limites d'années-personnes;

6. les gestionnaires du personnel du ministère ont certifié qu'il n'est pas possible d'obtenir les services de personnes compétentes par le biais des procédures normales de dotation en

Il s'ensuit qu'une collaboration étroite s'impose entre l'organisme qui a besoin du service. Les lignes directrices régissant ces relations sont décrites en détail au chapitre 310 du Manuel de la politique administrative.

Gestion des marchés

Dès qu'une décision de passer un marché de services a été prise, les règlements, directives et lignes directrices stipulent certaines exigences ou procédures qui doivent alors être suivies. Par exemple, il existe des limites financières et d'autres contraintes régissant les marchés qui peuvent être conclus sans l'approbation du Conseil du Trésor. Le Règlement sur les marchés de l'État (RME) contient toutes ces exigences. *Les gestionnaires de marchés sont tenus de suivre ces directives* même lorsqu'elles posent certaines difficultés secondaires à un gestionnaire de programme qui peut ne pas saisir la nécessité de certaines règles prescrites.

Certains ministères ont parfois éprouvé de la difficulté à appliquer l'article 8 du RME qui stipule qu'on doit lancer un appel d'offres avant la conclusion d'un marché, à l'exception

- a) des cas d'extrême urgence où un retard serait préjudiciable à l'intérêt public;
- b) des cas où le montant estimatif de la dépense ne dépasse pas \$30,000*;
- c) des cas où la nature du travail rend l'appel d'offres incompatible avec l'intérêt public; ou
- d) des cas où il existe une seule personne susceptible d'exécuter le marché.

Lorsque des circonstances entourant un besoin contractuel justifient le recours à l'une ou l'autre des exceptions susmentionnées pour éviter l'appel d'offres, il faudrait dès le départ établir des jalons de vérification pour s'assurer que les principes de probité et de prudence sous-tendent chaque étape des négociations pertinentes.

* (Cent mille dollars pour des marchés de service en architecture ou en génie nécessaires à la conception, la construction ou la réparation d'ouvrages.)

Recours aux experts-conseils

de l'extérieur

La politique relative aux experts-conseils et autres professionnels de l'extérieur encourage le recours aux services spécialisés de ces personnes dans les circonstances suivantes:

— lorsqu'il est possible d'établir que l'avis ou les services recherchés ainsi que les dépenses qui en découlent sont nécessaires pour satisfaire les exigences de programme;

— lorsque les services peuvent être définis assez nettement pour constituer le fondement d'un marché;

— lorsque les services sont offerts à un coût raisonnable;

— lorsque leur utilisation est conforme à certaines politiques précises du gouvernement, par exemple la politique de sous-traitance des travaux en sciences et technologie. (Voir le chapitre 315.1.1 du MPA).

On devrait consulter le chapitre 315 du Manuel de la politique administrative en ce qui a trait à certaines exclusions particulières de la politique susmentionnée.

Organismes de services communs

Dans les domaines où des intérêts sur le plan de l'efficacité et de l'économie sont globalement mieux servis par la centralisation de l'acquisition de services, le gouvernement a comme politique de «contrôler le processus d'acquisition par l'intermédiaire d'un organisme de services communs» (chapitre 310.2 du MPA). Ainsi, en vertu de mesures législatives, Approvisionnements et Services Canada est chargé de fournir tous les biens et services connexes, bien que celui-ci ait retrasmis certains pouvoirs d'approvisionnement aux ministères et organismes. En outre, le ministère des Travaux publics offre des services communs relativement à divers genres de locaux et de travaux publics.

employés de ces sociétés travaillent habituellement sous la direction grante de l'activité d'un service gouvernemental. Le travail temporaire constitue donc une exception à la politique habituelle de passation des marchés de services.

Habituellement, un marché de services de travail temporaire ne durera pas plus de huit semaines. Dans les rares cas où il doit dépasser cette limite, tel que mentionné ci-dessus, il faut obtenir l'approbation préalable du sous-chef.

Suite à une décision du Conseil du Trésor, le ministère des Approvisionnement et Services représente la seule autorité contractante en ce qui concerne l'acquisition de services de travail temporaire par le biais d'accords d'offres permanentes.

Politique relative aux honoraires pour services rendus

La politique concernant le versement d'honoraires pour services rendus est énoncée aux chapitres 312 et 315 du Manuel de la politique administrative. Ces directives stipulent que :

— «les honoraires à la journée et autres honoraires à base de temps doivent être maintenus à des niveaux compatibles avec les meilleures pratiques de passation de marchés et de nomination et dans le respect de la politique de restriction du gouvernement» (chapitre 312.4.3.1 du MPA);

— «les honoraires qui ne sont pas établis par concurrence des prix doivent être négociés selon les taux courants pour le genre de travail demandé; et

— «les expressions taux courant, taux du marché et taux en vigueur peuvent être considérées comme synonymes» (chapitre 315.4.1.1 du MPA).

La politique du gouvernement relative aux services de travail temporaire est décrite au chapitre 317 du Manuel de la politique administrative. Le recours à ces services est réservé aux situations où il n'est pas immédiatement possible d'affecter des fonctionnaires. La politique s'applique à toutes les catégories de services contractuels que peuvent assurer les sociétés de placement temporaire. Les

Services de travail temporaire

Une personne qui touche une pension du gouvernement est réputée s'être retirée des services gouvernementaux. Il n'est pas déraisonnable de supposer que cette personne ne devrait pas continuer à travailler pour la Couronne aux termes de dispositions contractuelles à moins que le besoin s'avère unique et pressant. L'article 5.4 du chapitre 312 du MPA renferme des directives très détaillées qu'un gestionnaire devrait suivre lorsqu'il envisage d'employer un ancien fonctionnaire.

Les marchés pour les services d'anciens fonctionnaires ou autres employés doivent résister à l'examen scrupuleux du public et constituer une dépense équitable des fonds publics. Il est interdit de passer des marchés pour les services d'anciens fonctionnaires, à moins que le ministre intéressé ne le juge nécessaire dans l'intérêt public. Le chapitre 312.5.1 du MPA contient d'autres renseignements à cet égard.

Emploi d'anciens fonctionnaires à la retraite

Les critères dont les tribunaux se sont servis pour établir l'existence d'une relation employeur-employé de même que quelques cas types font l'objet de l'Appendice A du présent guide. Cet appendice fait également partie de la lettre circulaire du Conseil du Trésor n° 1981-3 du 27 janvier 1981.

d'une quantité de travail spécifiée, cette relation vise normalement à ce que la personne engagée à contrat se mette à la disposition du gestionnaire pendant une certaine période. Par contre, il existe une relation acceptable lorsque l'autorité contractante s'assure des services d'une personne pour atteindre un objectif fixé ou effectuer une tâche précise sans exercer de surveillance journalière. Autrement dit, elle accorde au contractant la latitude nécessaire pour réaliser l'objectif d'une quantité de travail spécifiée.

Toute relation avec un contractant devrait comporter le risque de subir des pertes et la chance de réaliser un profit, comme c'est habituellement le cas dans tout genre de marché. Normalement, le contractant utilise ses propres outils, acquiert les fournitures dont il a besoin et effectue les travaux dans ses propres installations. Evidemment, il existe des exceptions légitimes, par exemple lorsque les travaux doivent être effectués sur des équipements de l'Etat installés dans un édifice de l'Etat.

La durée d'emploi est l'un des facteurs-clés utilisés pour déterminer si une relation employeur-employé existe. C'est pourquoi la *durée des marchés de services personnels ne doit pas dépasser huit semaines*, à moins d'avoir reçu une approbation préalable du sous-chef. Cette exigence vise à faire en sorte que la décision d'obtenir les services contractuels d'un particulier pour plus de huit semaines a donné lieu à un examen des plus approfondi. Ces mêmes conditions s'appliquent aux marchés de services temporaires. Lorsqu'il approuve un marché de services personnels d'une durée supérieure à huit semaines, y compris la prolongation de marchés déjà en cours, le sous-chef doit être conscient que les risques de créer une relation employeur-employé illégale augmentent avec la durée des engagements, et il doit être prêt à justifier sa décision à cet égard.

Toute situation qui peut sembler comporter une relation employeur-employé ne respecte pas les politiques de dotation en personnel (de même que la loi) du gouvernement. Les lettres circulaires du Conseil du Trésor n° 1980-34 du 1^{er} août 1980 et n° 1981-3 du 27 janvier 1981 décrivent en détail les conditions que les ministres s'attendent à voir corriger.

La volonté du gouvernement «d'obtenir le meilleur rendement possible en contrepartie de l'argent dépensé» signifie qu'il faut tenir compte de tous les coûts pertinents «et non pas seulement le coût contractuel de base ou initial» (chapitre 310 du MPA). Ce principe s'applique aux contrats concernant l'acquisition de services et de biens, les baux, la construction et les réparations. Toutefois, en ce qui concerne certains services, l'application du principe oblige souvent à faire davantage preuve de jugement étant donné que ces besoins sont beaucoup plus difficiles à définir; en outre, les fournisseurs offrent souvent des produits uniques.

La politique actuelle stipule que «les exigences doivent être définies en des termes qui permettent autant que possible une utilisation judiciaire du processus de concours» (chapitre 310.6 du MPA). Même si le processus de concours publics est garanti de l'impartialité, on néglige souvent d'y recourir lors de la passation de marchés de services. L'article 8 du Règlement sur les marchés de l'Etat stipule *qu'avant de conclure un marché, il faut lancer un appel d'offres*. Même si certaines exceptions raisonnables sont prévues, les résultats de certaines études d'évaluation laissent croire que les exceptions sont souvent devenues la règle.

Marchés de services personnels

Certains ministères et organismes ont commis des abus sérieux en retenant les services de certaines personnes en vertu de marchés de services personnels pour remplir des fonctions qui relevaient clairement du mandat de la Fonction publique.

Comme ils permettent de réaliser certains objectifs de programmes, les marchés de services personnels doivent être tolérés. Ils doivent cependant faire l'objet de contrôles étroits de façon à ce qu'aucune relation employeur-employé n'en résulte et à ce que l'embauche de personnes à contrat ne serve à contourner les règles des marchés de services personnels.

Fondamentalement, il existe une relation employeur-employé lorsque l'employeur peut stipuler la date, le lieu, la façon et les conditions d'exécution des travaux. Au lieu de prévoir la réalisation

— le respect de la loi.

Toutefois, avant de conclure un marché, il faut accorder l'attention nécessaire à un certain nombre d'autres facteurs, notamment : l'obtention du rendement le plus élevé possible en contre-partie de l'argent dépensé tout en satisfaisant aux exigences du programme;

— le degré de concurrence lors de la sélection des entrepreneurs (concurrence ou fournisseur unique : une question d'équité);

— le risque de créer des relations employeur-employé (une question légale);

— l'emploi d'anciens fonctionnaires (conflit d'intérêts et équité);

— l'emploi de personnes des agences de travail temporaire et les limites prescrites que comporte ce choix;

— l'établissement d'honoraires pour ces services, y compris la limite relative au pouvoir ministériel;

— le recours à des experts-conseils et à d'autres professionnels;

— le processus d'acquisition qui comporte les exigences et les procédures relatives à l'appel d'offres et de soumissions de même qu'au choix de l'entrepreneur;

— les limites imposées relativement au pouvoir financier des ministères (y compris la question du fractionnement des marchés);

— les pratiques relatives à la gestion des marchés;

— enfin, les exigences relatives aux rapports internes et inter-ministériels.

Politique relative aux marchés de services

On peut recourir à un marché de services pour répondre aux exigences d'un programme lorsqu'il est prouvé qu'il est plus rentable de confier le travail au secteur privé.* C'est sur ce principe de base qu'est fondée la politique relative à la passation des marchés énoncée aux chapitres 310 et 312 du Manuel de la politique administrative (MPA). La rentabilité ne consiste pas simplement à obtenir des services au plus bas coût, mais plutôt à choisir la solution qui permet d'obtenir le rendement le plus élevé possible en contrepartie de l'argent dépensé. Ici, il faut donc tenir compte de tous les coûts pertinents aussi bien que des avantages de chaque solution. Lorsqu'il s'agit d'un marché de services, ces coûts sont souvent difficiles à calculer, surtout dans les cas où les exigences ne sont pas clairement définies.

Il est plus facile d'assurer la rentabilité des projets lorsque :

- les exigences du projet sont soigneusement définies;
- toutes les sources raisonnables d'approvisionnement dans les secteurs tant public que privé sont identifiées;
- tous les éléments concernant les coûts et les avantages des différentes solutions sont envisagés;

- les négociations contractuelles se déroulent de façon professionnelle et méthodique de manière à conclure le marché le plus favorable possible.

Même si la rentabilité constitue un élément indispensable de la politique du gouvernement relative à la passation des marchés, tous les marchés doivent être fondés sur :

- une justification claire de la nécessité des travaux, et

* La politique du gouvernement relative à la sous-traitance pour répondre aux besoins dans les domaines scientifiques et technologiques font exception à cette règle. (Voir le chapitre 314 du MPA.)

GUIDE DE GESTION DES MARCHÉS DE SERVICES

Introduction

Le gouvernement du Canada a recours à des dispositions contractuelles, habituellement sous forme d'accords conclus entre lui-même et une société, une institution, un autre organisme gouvernemental ou une personne, visant à fournir des marchandises, à cons-truire ou réparer des installations, ou à créer ou exécuter certains services. Étant donné l'amplitude et la diversité des responsabilités nationales de l'administration fédérale, le nombre des marchés est assez élevé et leur diversité est relativement complexe.

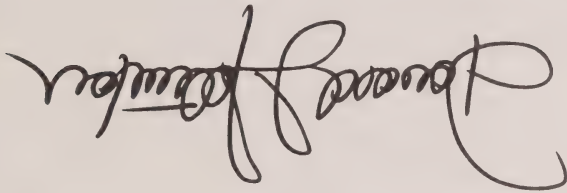
En vertu de l'article 34 de la Loi sur l'administration financière, le gouverneur en conseil est habilité à faire des règlements «sur les conditions auxquelles les contrats peuvent être conclus...». Le Règlement sur les marchés de l'État (RME) est le fruit de l'exercice de ce pouvoir. En vertu du paragraphe 5(1) de la Loi sur l'administration financière, le Conseil du Trésor a élaboré des directives et des lignes directrices pour régir la gestion des marchés et fournir une orientation aux gestionnaires de la Fonction publique.

Le chapitre 310 du Manuel de la politique administrative du Conseil du Trésor renferme la politique générale régissant tous les marchés. Les chapitres 312, 314, 315 et 317 de ce manuel contiennent une orientation et des directives plus précises et l'appendice F du chapitre 310 présente le texte officiel du Règlement sur les marchés de l'État.

Ainsi que le Règlement sur les marchés de l'État et les directives et lignes directrices d'application publiées par le Conseil du Trésor portent sur l'ensemble des dispositions contractuelles, le présent guide n'aborde que les exigences relatives aux marchés de services.

Sous réserve de l'engagement des gestionnaires éclairés et d'une mise en oeuvre plus rigoureuse des vérifications internes dans les ministères, on devrait pouvoir améliorer la gestion des marchés de services au sein des ministères. Pour sa part, le Secrétaire du Conseil du Trésor continuera d'apporter des modifications pertinentes à la politique de base de même qu'aux procédures d'application. En outre, l'évaluation des pratiques des ministères concernant les marchés se poursuivra de manière que le Conseil du Trésor puisse suivre l'évolution de la situation. Si, suite à des examens ultérieurs concernant les pratiques des ministères en matière de passation de marchés, on ne constate aucune amélioration concernant la mise en oeuvre et l'application de la politique, il faudra envisager l'imposition de dispositions plus restrictives. Il doit être bien entendu que les ministres du Conseil du Trésor tiendront les gestionnaires des ministères responsables des dérogations aux lignes directrices.

Encore une fois, le présent guide de gestion des marchés de services ne renferme pas une nouvelle politique. Il s'agit simplement d'une récapitulation opportune des politiques existantes. Pour tout renseignement supplémentaire concernant l'interprétation des dispositions du présent guide, on est prié de s'adresser au Groupe de la politique relative aux marchés, Division de l'élaboration et de la révision des politiques, Direction de la politique administrative, Secrétaire du Conseil du Trésor.



le 15 septembre 1981

Le Président du Conseil du Trésor
du Canada
L'honorable Donald J. Johnston

AVANT-PROPOS

Récemment, le Conseil du Trésor a eu l'occasion d'examiner un rapport d'évaluation concernant le recours aux marchés de services dans un certain nombre de ministères. Les ministères se sont inquiétés lorsqu'un examen d'un échantillonage des marchés conclus par les ministères a révélé une application insatisfaisante de la politique du gouvernement concernant la passation des marchés. Il se sont particulièrement inquiétés du manque de respect évident à l'égard du principe de la rentabilité lors de l'adjudication de marchés à des fournisseurs uniques, du penchant pour les marchés à effet rétroactif et du danger de création de relations employeur-employés au cours de l'exécution des marchés.

Le Conseil du Trésor a envisagé un certain nombre de méthodes pour améliorer la gestion des marchés, y compris: la mise sur pied d'un conseil d'examen des marchés passées avec des fournisseurs uniques au sein des ministères qui ont tendance à adjudger des marchés de services personnels sans faire appel à la concurrence; l'utilisation d'une formule normalisée de marché de services; l'élaboration de procédures de passation de marchés de services à l'intention des ministères utilisateurs; enfin, une exigence voulant que tous les ministères mettent en oeuvre des procédures internes particulières visant à améliorer la gestion des marchés. Pendant que se poursuit l'examen de tous ces correctifs, le Conseil du Trésor a ordonné de remettre à tous les ministères et organismes les exigences fondamentales régissant le recours aux marchés de services en attendant toute modification ultérieure aux politiques existantes.

Le présent guide correspond à un résumé de la politique actuelle relative aux marchés de services et insiste particulièrement sur les domaines où les pratiques ont laissé à désirer par le passé. On s'attend à ce que les sous-chefs et les gestionnaires supérieurs profitent de l'occasion pour lire ce guide et examiner les dispositions pertinentes de la politique. En outre, il faudrait mettre des exemplaires de ce guide à la disposition de tous les gestionnaires de marchés des ministères, y compris les agents des ressources humaines et financières.

TABLE DES MATIÈRES

Page

AVANT-PROPOS

GUIDE DE GESTION DES MARCHÉS DE SERVICES

Introduction	3
Politique relative aux marchés de services	4
Marchés de services personnels	6
Emploi d'anciens fonctionnaires à la retraite	8
Services de travail temporaire	8
Politique relative aux honoraires pour services rendus	9
Recours aux experts-conseils de l'extérieur	10
Organismes de services communs	10
Gestion des marchés	11
Procédures des ministères	12
Conclusion	13

Appendice A – Critères permettant de déterminer l'existence de relations employeur-employé

Historique	15
Critères utilisés par les tribunaux	16
Exemples de relations employeur-employé	17

© Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1981

N° de cat. BT32-18/1981

ISBN 0-662-51567-6

Réimprimé en juillet 1983

Marchés de services

Guide de gestion

Direction de la politique administrative
Conseil du Trésor du Canada

Ottawa

Septembre 1981

Canada

Marchés de services

Guide de gestion



Conseil du Trésor
du Canada
Treasury Board
of Canada